

Sygn. akt: KIO 2722/12

Sygn. akt: KIO 2723/12

Sygn. akt: KIO 2724/12

Sygn. akt: KIO 2725/12

## WYROK

z dnia 2 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Izabela Kuciak  
**Członkowie:** Bogdan Artymowicz  
Sylwester Kuchnio  
  
**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 10.12.2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M..... N....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M..... G..... N..... "CHYBO-TEX", Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "ANDROPEX" A. .... J. K..... vel K....., P. T..... s.j., "KAWON" Sp. z o.o., H..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą H..... K..... – Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowo – Transportowe "ADRIANEX", 93 – 345 Łódź, ul. Zagrodowa 10/12,**
  - B. w dniu 10.12.2012 r. przez wykonawcę **A..... N....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARTMAR A..... N.....k, 93 – 354 Łódź, ul. Zagrodowa 10/12,**
  - C. w dniu 10.12.2012 r. przez wykonawcę **GNOM Sp. z o.o., 92 – 518 Łódź, ul. Techniczna 20,**
  - D. w dniu 10.12.2012 r. przez wykonawcę **N.R. Sp. z o.o., 90 – 032 Łódź, ul. Kopcińskiego 56,**
- w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi, 90–926 Łódź, ul. Piotrkowska 104,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P. G....., M.**

- G..... PHU „SOFT” Usługi Komunalno-Transportowe s.c., A..... F....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne Drogowe Sprzętowo Transportowe A..... F....., 95 – 039 Sokolniki, ul. Konarskiego 34, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2722/12 po stronie zamawiającego,**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o., S..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „BUD-DRÓG” Stanisław Polus, 93 – 231 Łódź, ul. Dostawcza 6, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2723/12, KIO 2724/12 oraz KIO 2725/12 po stronie zamawiającego,**
- C. wykonawcy GNOM Sp. z o.o., 92 – 518 Łódź, ul. Techniczna 20, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2723/12 po stronie zamawiającego,**
- D. wykonawcy N.R. Sp. z o.o., 90 – 032 Łódź, ul. Kopcińskiego 56, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2723/12 po stronie zamawiającego,**
- E. wykonawcy A..... N....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ARTMAR A..... N....., 93 – 354 Łódź, ul. Zagrodowa 10/12 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2724/12 oraz KIO 2725/12 po stronie odwołującego,**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołania.**

**2. Kosztami postępowania obciąża:**

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M..... N....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M..... G..... N..... "CHYBO-TEX", Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "ANDROPEX" A. Z....., J. K..... vel K....., P. T..... s.j., "KAWON" Sp. z o.o., H..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą H..... K..... – Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowo – Transportowe "ADRIANEX", 93 – 345 Łódź, ul. Zagrodowa 10/12 ( KIO 2722/12),**
- B. wykonawcę A..... N....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARTMAR A..... N....., 93 – 354 Łódź, ul. Zagrodowa 10/12 (KIO 2723/12),**

- C. wykonawcę **GNOM Sp. z o.o., 92 – 518 Łódź, ul. Techniczna 20 (KIO 2724/12),**
- D. wykonawcę **N.R. Sp. z o.o., 90 – 032 Łódź, ul. Kopcińskiego 56 (KIO 2425/12),**

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) w tym:
  - A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M..... N....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M..... G..... N..... "CHYBO-TEX", Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe "ANDROPEX" A. Z....., J. K..... vel K....., P. T..... s.j., "KAWON" Sp. z o.o., H..... K....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą H..... K..... – Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowo – Transportowe "ADRIANEX", 93 – 345 Łódź, ul. Zagrodowa 10/12 ( KIO 2722/12), tytułem wpisu od odwołania,**
  - B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **A..... N....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARTMAR A..... N....., 93 – 354 Łódź, ul. Zagrodowa 10/12 (KIO 2723/12),** tytułem wpisu od odwołania,
  - C. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną wykonawcę **GNOM Sp. z o.o., 92 – 518 Łódź, ul. Techniczna 20 (KIO 2724/12),** tytułem wpisu od odwołania,
  - D. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **N.R. Sp. z o.o., 90 – 032 Łódź, ul. Kopcińskiego 56 (KIO 2425/12),** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 2722/12**

**Sygn. akt: KIO 2723/12**

**Sygn. akt: KIO 2724/12**

**Sygn. akt: KIO 2725/12**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2012 r. pod numerem 2012/S 168-278877.

**Sygn. akt: KIO 2722/12**

Odwolujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części IX zamówienia oraz zaniechania wykluczenia Konsorcjum firm: Usługi Komunalno Transportowe Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „SOFT” s.c. P..... G..... i M..... G..... z siedzibą w Sokolnikach oraz A..... F....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalno Drogowe Sprzętowo Transportowe A..... Fu..... z siedzibą w Łodzi (zwane w dalszej części odwołania „Konsorcjum SOFT”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” i wnosząc o: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert, wykluczenie Konsorcjum SOFT oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, określonymi przez Zamawiającego w rozdziale 5 pkt 5.1.3 SIWZ „dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym”, wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia na rejon IX zobowiązani byli wykazać, iż dysponują 6. pługoposypywarkami, z których każda składać się musi z trzech elementów: pojazdu bazowego, pługa odśnieżnego i posypywarki.

Odwolujący wyjaśnił, że Konsorcjum SOFT na potwierdzenie spełnienia tego warunku złożyło wraz z ofertą „WYKAZ SPRZĘTU - dot. Załącznika nr 8” (str. 53 oferty), w którym wskazało iż dysponuje:

- a. Posypywarki (18 szt.) - typ OZ-PT 8/s rok prod. 2012-2013 (zobowiązanie OZAMET),
- b. Pług odśnieżny (12 szt.) - typ OZ-WM32U rok prod. 2012-2013 (zobowiązanie

OZAMET),

- c. Pług odśnieżny (6 szt.) - typ OZ-WA35 rok prod. 2012-2013 (zobowiązanie OZAMET)".

Dokumentem stanowiącym o prawie do dysponowania przez Konsorcjum SOFT powyższym sprzętem, jak podaje Odwołujący, jest zobowiązanie firmy OZAMET Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, w którym OZAMET zobowiązuje się do oddania do dyspozycji określonego potencjału technicznego Konsorcjum SOFT, między innymi: 18 posypywarek - typ OZ-PT 8/s rok prod. 2012-2013, 12 pługów odśnieżnych typ OZ-WM35U, rok prod. 2012-2013, 6 pługów odśnieżnych typ OZ-WA35 rok prod. 2012-2013. Oddanie do dyspozycji wskazanego sprzętu ma polegać na sprzedaniu go Konsorcjum SOFT. Załącznikiem do powyższego zobowiązania jest umowa przedwstępna sprzedaży (str. 56-60 oferty).

Z treści załączonych dokumentów wynika, iż firma OZAMET oświadczając, że zobowiązuje się do oddania do dyspozycji Konsorcjum SOFT rzeczy (posypywarki i pługi odśnieżne), wskazuje na urządzenia oznaczone jedynie co do rodzaju a nie co do tożsamości.

Zawierając umowę przedwstępną sprzedaży, zdaniem Odwołującego, posiadacz rzeczy winien jest oświadczyć, iż rzecz mająca być sprzedana stanowi jego własność i nie jest obciążona prawami na rzecz osób trzecich. Tego wymogu nie spełnia zapis § 3 przedmiotowej umowy, gdyż rzeczy mające być przedmiotem zbycia (sprzedaży) nie zostały oznaczone co do tożsamości, to znaczy, że oprócz typu urządzenia i roku produkcji powinien zostać podany również numer fabryczny lub inny wyróżnik identyfikujący każde z tych urządzeń. Jeżeli przedmiotem sprzedaży mają być rzeczywiście konkretne urządzenia, to w stosownych dokumentach (np. w załączonej umowie przedwstępnej) winny być wskazane powyższe wyznaczniki każdego z tych urządzeń. Wyraźnie to uwidacznia się w treści innych zobowiązań załączonych do oferty przez Konsorcjum SOFT, gdzie oddanie do dyspozycji istniejącego sprzętu a będącego własnością innego podmiotu (udostępniającego) jest oznaczone co do tożsamości, np. przez podanie numeru rejestracyjnego pojazdu (np. str. 53, str. 69 oferty).

Zdaniem Odwołującego, załączony do oferty dokument zawiera w swojej treści wyraźną sprzeczność. Podmiot udostępniający - firma OZAMET - nie może zobowiązywać się do „oddania do dyspozycji” Konsorcjum SOFT wskazanych urządzeń, a jednocześnie wskazywać na zobowiązanie się do ich sprzedaży temu wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe zawarcie umowy przedwstępnej sprzedaży z jednoczesnym zobowiązaniem się, że „udostępnienie” nastąpi tylko „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. W konsekwencji budzi wątpliwości Odwołującego, czy „sprzedaż” dokonana będzie na okres wykonywania zamówienia.

Odwołujący podnosi, że zgodnie z przepisem art. 155 § 1 k.c. umowa sprzedaży (...)

lub inna umowa zobowiązująca do przeniesienia własności (np. umowa przedwstępna sprzedaży) rzeczy co do tożsamości oznaczonej przenosi własność na nabywcę, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej albo że strony inaczej postanowiły. Z kolei § 2 tego artykułu wskazuje, że w sytuacji gdy przedmiotem umowy zobowiązującej do przeniesienia własności są rzeczy oznaczone tylko co do gatunku, do przeniesienia własności potrzebne jest przeniesienie posiadania rzeczy. To samo dotyczy wypadku, gdy przedmiotem umowy zobowiązującej do przeniesienia własności są rzeczy przyszłe, a na taki fakt wskazywać może zobowiązanie do sprzedaży tych urządzeń także z produkcji 2013 roku, tzn. urządzeń nie istniejących w chwili składania zobowiązania przez firmę OZAMET. Zaś zgodnie z właściwym rozumieniem tych przepisów umowy zobowiązująco-rozporządzające dotyczą wyłącznie rzeczy oznaczonych co do tożsamości.

### **Sygn. akt: KIO 2723/12**

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec wyboru oferty najkorzystniejszej w części VI, VIII, XI i XIII zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- a. art. 24 ust. 2 pkt 4 przez wykluczenie Odwołującego, pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- b. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 przez nierówne traktowanie wykonawców, przejawiające się wykluczeniem Odwołującego a zaniechaniem wykluczenia innych wykonawców, co do których istniały identyczne okoliczności, będące podstawą wykluczenia odwołującego,
- c. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu,
- d. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 4 przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowe „LAMBDA” Sp. z o.o. i S..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe „BUD-DROG” S..... P..... z postępowania i zaniechania odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy, pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- e. art. 91 ust. 1 przez wybranie oferty ww. Konsorcjum w części XI i XIII zamówienia, pomimo niespełnienia kryteriów oceny Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy „GNOM Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, w części VI i VIII zamówienia oraz Konsorcjum firm:

Przedsiębiorstwo Drogowe „LAMB DAR” Sp. z o.o. i S..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe „BUD-DROG” Stanisława Polus, w części XI i XIII zamówienia, wykluczenia wskazanego Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenie jego oferty, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że Odwołujący pismem z dnia 5 listopada 2012 r. poinformował Zamawiającego, że dla 8. usług wykazanych w pozycjach 1, 2, i 3 oświadczenia, tj. wynikających z 8 umów zawartych z Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi, zapis w treści referencji *„w związku z powyższym nie ma możliwości wydania referencji za należyte wykonanie ww. robót”* należy uznać za niewłaściwy. Odwołujący powołał się na treść uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1656/10 (wyrok wraz z uzasadnieniem załączono do wyjaśnień), w którym czytamy, iż *„Za dowód uzasadniający stanowisko zamawiającego nie może być uznane pismo z dnia 12 sierpnia 2010 roku, w którym zamawiający potwierdził fakt wykonywania przez odwołującego się analogicznych usług w rejonach VIII, IX i XIII w sezonie zimowym 2009/2010. Zamawiający odmówił co prawda wydania referencji za należyte wykonanie ww. robót, niemniej jednak powodem tego było niewłaściwe funkcjonowanie i sprawność systemu GPS, nie zaś nieprawidłowe wykonanie usług utrzymania jezdni ulic.”*

Powyższe, zdaniem Odwołującego, winno skutkować uznaniem wykazania przez wykonawcę spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Nadto, stroną umowy, na wykonanie której kwestionowane w niniejszym postępowaniu referencje załączono, był ten sam podmiot, tj. Miasto Łódź. Kwestia obciążenia karami umownymi za wykonanie ww. usług jest również przedmiotem rozpoznania w postępowaniu prowadzonym przed Sądem Okręgowym w Łodzi, sygn. akt II C 1816/11, który nieprawomocnym wyrokiem z dnia 5 listopada 2012 r. zasądził od Miasta Łódź - Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi na rzecz A..... N..... zwrot kwot naliczonych tytułem kar.

Zatem, w opinii Odwołującego, Zamawiający z urzędu dysponował wiedzą pozwalającą, w powiązaniu z treścią uzasadnienia załączonego wyroku KIO oraz wiedzą na temat korzystnego dla wykonawcy wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi, sygn. akt II C 1816/11, ustalić treść referencji, a tym samym przyjąć spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. Potwierdzeniem tego jest również sprostowanie z dnia 4 grudnia 2012 r., w którym Zarząd Dróg i Transportu wyjaśnia, iż kary nałożone na firmę ARTMAR były związane wyłącznie z niewłaściwym funkcjonowaniem systemu GPS w pojazdach wykonawcy.

Odwołujący podniósł również, że w postępowaniu przetargowym w części X zamówienia swoją ofertę złożyło Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o. z siedzibą

w Łodzi - jeden z członków konsorcjum firm, którego oferty zostały wybrane w części XI i XIII zamówienia. Wykonawca ten posłużył się referencjami ZDiT.OKS.0803-53/10 z 22 czerwca 2010 r., z których wynikało, iż prace wykonane na zlecenie Miasta Łodzi w ramach tego samego zamówienia co prace, z których wykonania referencje Odwołującego były kwestionowane, były nienależycie wykonane w zakresie funkcjonowania systemów GPS. Jednakże Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o. nie tylko nie było wzywane do złożenia dodatkowych wyjaśnień, ale co więcej jego oferta złożona na część X zamówienia została wybrana za najkorzystniejszą.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dysponował wiedzą, iż Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o. zostało również, podobnie jak Odwołujący, obciążone przez Miasto Łódź karami umownymi za nieprawidłowe funkcjonowanie systemu GPS w trakcie realizacji zamówienia na zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w sezonie 2009-2010. Wywiódł wobec oferentów z tego faktu różne wnioski. W ten sposób ujawniło się nierówne traktowanie uczestników postępowania.

Jak podaje Odwołujący, Zamawiający nie wzywał również konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe „BUD-DROG” S..... P..... do złożenia dodatkowych wyjaśnień w sprawie posłużenie się referencjami osób trzecich, tj. referencjami Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie.

Dalej Odwołujący wyjaśnia, że zgodnie ze zobowiązaniem o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. zobowiązało się do udostępnienia posiadanej wiedzy i doświadczenia Przedsiębiorstwu Drogowemu LAMB DAR Sp. z o.o. oraz uczestnictwa w zakresie robót objętych przedmiotem zamówienia. Takie określenie przedmiotu zobowiązania wskazuje, iż *de facto* mamy do czynienia z ukrytym podwykonawstwem podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Powoduje to z kolei konieczność zbadania przez zamawiającego okoliczności spełnienia przez ten podmiot wymagań wymienionych w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Uprawnienie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może bowiem prowadzić do obejścia przepisów zawartych w art. 24 ustawy Pzp i umożliwić podmiotom wykluczonym z postępowania o udzielenie zamówienia, uczestnictwa w nim przez innych wykonawców. Zamawiający powierzając realizację inwestycji musi bowiem wiedzieć, czy wszystkie podmioty uczestniczące w wykonaniu umowy mogą być dopuszczone do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W takich sytuacjach na wykonawcy posługującemu się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego spoczywa obowiązek wykazania, w jaki sposób i w jakim zakresie będzie korzystał z pomocy składającego oświadczenie. Po stronie zaś Zamawiającego istniał obowiązek wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie oraz ewentualnego wezwania do

wyjaśnień i przedłożenia wymaganych dokumentów. Zaniechanie zaś tego uznać należy za przejaw nierównego traktowania wykonawców oraz odstępstwo od zachowania zasad uczciwej konkurencji.

Zgodnie z ust 10 pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykonawca mógł złożyć tylko jedną ofertę w niniejszym postępowaniu na jedną lub więcej części zamówienia. Natomiast Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o. złożyło dwie oferty. Pierwszą samodzielnie na część X zamówienia oraz drugą wspólnie z Przedsiębiorstwem Budowlano-Drogowym „BUD-DROG” S..... P..... na część IV, XI i XIII zamówienia. Z tego względu uznać należy, iż T..... W..... składając oświadczenie w dwóch formularzach ofertowych, iż „*nie uczetniczę(y) jako Wykonawca w jakiegokolwiek innej ofercie złożonej w celu udzielenia niniejszego zamówienia*” poświadczyl nieprawdę, a co za tym idzie, oferty przez niego złożone, jako sprzeczne z SIWZ winny być odrzucone.

### **Sygn. akt 2724/12**

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru, w części XIII zamówienia, najkorzystniejszej oferty, złożonej przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Przedsiębiorstwa Budowlano-Drogowego „BUD-DROG” S..... P..... z siedzibą w Koluszkach oraz zaniechania wykluczenia wskazanego Wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 1 przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy,
- b) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- c) art. 89 ust. 1 pkt 3 przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- d) art. 24 ust. 2 pkt 3 przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ wynik prowadzonego postępowania.
- e) art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w wyniku wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy podlegającej odrzuceniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części XIII zamówienia i nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty tegoż Wykonawcy i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej, w części XIII zamówienia, oferty Odwołującego, ewentualnie o: unieważnienie czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej, w części XIII zamówienia oraz powtórzenie czynności oceny i badania ofert w części XI zamówienia i odrzucenie oferty wskazanego Wykonawcy, ewentualnie o unieważnienie postępowania w części XIII zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się uchybienia polegającego na niezastosowaniu normy art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem Wykonawca złożył dwie oferty. Jedną jako wykonawca samodzielnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Przedsiębiorstwo Drogowe LAMBDAR sp. z o.o., drugą natomiast w ramach konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowe LAMBDAR sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe „BUD-DROG” S..... P..... Powyższe potwierdza orzeczenie KIO z dnia 12 listopada 2010 r., wydane w sprawie o sygnaturze 2345/10.

Nie zmienia powyższego fakt, zdaniem Odwołującego, że Wykonawcy składali w ramach niniejszego postępowania ofertę na poszczególne części (rejony) zamówienia, bowiem Zamawiający prowadził jedno postępowanie, w ramach którego Wykonawcy składali wyłącznie jedną ofertę, obejmującą w swojej treści wybrane części (rejony) zamówienia.

W ocenie Odwołującego, twierdzenie takie uzasadnia sama treść SIWZ, w tym opracowane przez Zamawiającego załączniki do SIWZ. Po pierwsze, sam formularz oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) został skonstruowany w sposób jednoznacznie wskazujący na możliwość składania przez wykonawców wyłącznie jednego formularza ofertowego (oferty), obejmującego poszczególne części (rejony), na jakie wykonawca składa ofertę. Nadto, w treści formularza ofertowego znalazło się oświadczenie wykonawcy o następującej treści *„nie uczestniczę(ymy) jako Wykonawca w jakiegokolwiek innej ofercie złożonej w celu udzielenia niniejszego zamówienia”*(pkt. 4.5). Umieszczenie przez Zamawiającego w dokumencie mającym podstawowe znaczenie dla procedury przetargowej, tj. formularzu ofertowym takiego zastrzeżenia w sposób dostatecznie jasny daje wyraz woli Zamawiającego niedopuszczenia do sytuacji złożenia przez wykonawcę jakiegokolwiek innej oferty w ramach prowadzonego postępowania (tym bardziej, że formularz ofertowy był wyłącznie jeden).

Niezależnie od powyższego, kolejnym przykładem woli Zamawiającego niedopuszczenia do sytuacji, w której Wykonawca złoży więcej niż jedną ofertę w postępowaniu (niezależnie od ilości części (rejonów), na jakie składa ofertę), jest treść rozdziału 10 SIWZ (ust. 10.1) *„Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę w niniejszym postępowaniu na jedną lub więcej części zamówienia z zastrzeżeniem, że na maksymalnie cztery”*.

Także sposób ukształtowania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w sposób sumujący doświadczenie, jakie winien wykazać Wykonawca składający ofertę na poszczególne części (rejony), zdaniem Odwołującego, potwierdza fakt możliwości złożenia w niniejszym postępowaniu wyłącznie jednej oferty - niezależnie od

ilości rejonów na jakie wykonawca składa ofertę (rozdział V pkt. 5.1.2. SIWZ) „Wykonawca winien wykazać, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: Wykonawca składający ofertę na jedną część (rejon) winien wykazać:(..) Wykonawca składający ofertę na dwie części (rejony) winien wykazać:(..) Wykonawca składający ofertę na trzy części (rejony) winien wykazać:(..) Wykonawca składający ofertę na cztery części (rejony) winien wykazać:(..)”

W przeciwnym wypadku (chcąc założyć możliwość składania więcej niż jednej oferty przez Wykonawców), w ocenie Odwołującego, warunki udziału w postępowaniu zostałyby ukształtowane przez Zamawiającego w rozbiciu na wszystkie XIII (części) rejonów zamówienia, a wykonawcy wykazywaliby spełnienie powyższych warunków oddzielnie dla poszczególnych części. Na pewno także nie znalazłoby się w treści formularza ofertowego oświadczenie o nieuczestniczeniu przez Wykonawcę w jakiegokolwiek innej ofercie złożonej w celu udzielenia zamówienia. Zamawiający nie wprowadziłby także w treści SIWZ wprost zakazu składania więcej niż jednej oferty w przedmiotowym postępowaniu (rozdz. 10 pkt 1 SIWZ).

Odwołując się do orzecznictwa (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2009 r. KIO/UZP 729/09) „W sytuacji, gdy Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych i określił wzór formularza oferty, z którego nie wynikała możliwość podania przez wykonawcę, wprost, wszystkich wymaganych przez Zamawiającego propozycji odnoszących się do poszczególnych zadań, należało bez wątpienia - w przypadku ubiegania się o dwa zadania (całe zamówienie) - wypełnić dwa odrębne formularze oferty, zgodnie z wymogiem pkt 9.9.7 IDW”, Odwołujący stoi na stanowisku, że z tezy powyższego wyroku *a contrario* można jednoznacznie wnioskować, iż skoro Zamawiający jednoznacznie wskazał możliwość złożenia na całe postępowania (w odniesieniu do wszystkich rejonów) wyłącznie jednej oferty (wskazującej poszczególne części zamówienia, na jakie jest składana) to w żadnym wypadku nie zaistniała możliwość złożenia przez tego samego wykonawcę dwóch ofert niezależnie od konfiguracji poszczególnych części zamówienia, na jakie jest składana.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, która pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią SIWZ. Odwołujący zwraca uwagę na pkt 1. rozdziału 10. SIWZ: „Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę w niniejszym postępowaniu na jedną lub więcej części zamówienia z zastrzeżeniem, że na maksymalnie cztery”. W ocenie Odwołującego, należy więc uznać, że Zamawiający winien działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp odrzucić ofertę konsorcjum LAMB DAR jako niezgodną z postanowieniami treści SIWZ.

Odwołujący podnosi, że Zamawiający na każdym etapie postępowania winien przestrzegać zasady uczciwej konkurencji, tak aby w konsekwencji mógł udzielić zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. To na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert stanowiących w swym założeniu czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składania ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (tzw. „zmowa przetargowa”).

Zdaniem Odwołującego, wątpliwości nie budzi fakt, że ww. działanie, stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz zagraża interesem innych przedsiębiorców, a w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z porozumieniem dwóch oferentów, tj. Przedsiębiorstwa Drogowego LAMBDAR sp. z o.o. oraz Konsorcjum LAMBDAR, polegającym na uzgodnieniu przez nich warunków składanych ofert, którego celem było ograniczenie konkurencji na rynku właściwym.

Odwołujący wskazuje, że spółka LAMBDAR sp. z o.o. oraz Konsorcjum LAMBDAR, liderem którego jest ww. spółka złożyły łącznie dwie oferty, obejmujące 4 rejony zamówienia. Zatem, w wyniku zawartego pomiędzy ww. podmiotami porozumienia oraz w konsekwencji działania spółki LAMBDAR sp. z o.o. w ramach Konsorcjum LAMBDAR, była w stanie złożyć dwie oferty, obejmujące 4 części zamówienia, podczas gdy działając samodzielnie, nie byłaby w stanie złożyć oferty obejmującej więcej niż dwa rejony zamówienia. Analogiczna sytuacja występuje w przypadku Konsorcjum LAMBDAR, które także złożyło ofertę obejmującą dwa rejony zamówienia. A zatem, porozumienie ww. spółki oraz Konsorcjum LAMBDAR oraz zawarcie umowy konsorcjum doprowadziły do zmniejszenia konkurencji na rynku właściwym, w wyniku którego Odwołujący nie miał szans uzyskania niniejszego zamówienia.

Nadto, Odwołujący podkreśla, że zarówno oferta spółki LAMBDAR sp. z o.o., jak i oferta Konsorcjum LAMBDAR została podpisana przez tę samą osobę, tj. pana T..... W....., który jest Prezesem Zarządu spółki LAMBDAR sp. z o.o., będącej jednocześnie liderem Konsorcjum LAMBDAR. Zatem, osoba ta musiała nie tylko wiedzieć, że każdy z ww. podmiotów bierze udział w postępowaniu, ale przede wszystkim, z racji sprawowanej funkcji

w organie zarządczym każdego z ww. wykonawców, decydować o wysokości oferowanych cen jednostkowych, a w ten sposób wpływać na dalszy bieg postępowania. Wyżej określone działanie obu wykonawców powinno być kwalifikowane, zdaniem Odwołującego, jako wypełniające dyspozycję z art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że obaj wykonawcy są ze sobą powiązani, przede wszystkim przez osoby, które nimi zarządzają, co bezsprzecznie dowodzi, że oferty złożone przez każdego z ww. wykonawców były przygotowane oraz składane w ścisłym porozumieniu.

W ocenie Odwołującego, powyższe okoliczności powadzą do wniosku, że obaj wykonawcy działali w zмовie i w sposób niedozwolony zamierzali wpłynąć na wynik postępowania w poszczególnych częściach. Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że dla stwierdzenia porozumienia (zмовy przetargowej) nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to, co poprzez swoje zachowanie, w toku postępowania, zamierzają one osiągnąć. Nie może zaś ulegać wątpliwości, że celem porozumienia zawartego przez Konsorcjum LAMB DAR oraz spółkę LAMB DAR sp. z o.o. było uzyskanie zamówienia na większą ilość rejonów aniżeli byłoby to możliwe, gdyby uczestnicy Konsorcjum LAMB DAR złożyli oferty samodzielnie.

Ponadto, Odwołujący wskazuje, że stosownie do art. 82 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Jednakże, w toku niniejszego postępowania, swoje oferty złożyła zarówno spółka LAMB DAR sp. z o.o. działająca samodzielnie, jak i Konsorcjum LAMB DAR, którego liderem jest ww. spółka. Zatem, Odwołujący stwierdza, że spółka LAMB DAR sp. z o.o. jako wykonawca złożyła łącznie 2 oferty, co wprost narusza dyspozycję art. 82 ust. 1 ustawy Pzp. Jak bowiem wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 marca 2010 roku (sygn. akt: KIO/UZP 121/10), *„W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, o ile zamawiający nie dopuści składania ofert wariantowych. Powyższe odnosi się również do wykonawców składających ofertę wspólną. Oznacza to, że członek konsorcjum nie może złożyć odrębnej oferty samodzielnie”*. Taką czynność należałoby potraktować w kategorii naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Nadto, stosownie do pkt. 10.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, *„Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę w niniejszym postępowaniu na jedną lub więcej części zamówienia z zastrzeżeniem, że na maksymalnie cztery”*. Z powyższego wynika, że Zamawiający dopuścił możliwość złożenia wyłącznie jednej oferty przez każdego z wykonawców, obejmującej od 1 do 4 części zamówienia. Jednakże, spółka LAMB DAR sp. z o.o. działając w ramach Konsorcjum LAMB DAR oraz samodzielnie złożyła dwie oferty, obejmujące łącznie cztery części zamówienia. Zatem nie ulega wątpliwości, że takie

działanie ww. wykonawców wypełnia dyspozycję art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje również, że KIO w wyroku z dnia 12 listopada 2010 roku (sygn. akt: KIO 2345/10), stwierdza cyt. „(...) Zgodnie z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Tym samym udział tego samego podmiotu w wielu ofertach składanych wraz z innymi podmiotami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, jak również złożenie przez ten sam podmiot samodzielnie oferty i udział w innej ofercie składanej wspólnie przez wykonawców również wypełnia hipotezę normy prawnej wyrażonej w art. 82 ust. 1 ustawy Pzp”.

A zatem, zdaniem Odwołującego, całość argumentacji przedstawionej w treści odwołania jednoznacznie dowodzi, iż w przedmiotowym postępowaniu jeden wykonawca, tj. LAMBDAR sp. z o.o., działając samodzielnie oraz w ramach Konsorcjum LAMBDAR nie mógł złożyć dwóch ofert obejmujących łącznie cztery części zamówienia, gdyż stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji, a ponadto jest sprzeczne z ustawą Pzp oraz SIWZ.

Odwołujący stoi na stanowisku, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności, z którymi mamy do czynienia w postępowaniu, że działania Konsorcjum LAMBDAR oraz spółki LAMBDAR sp. z o.o. stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, który należy rozpatrywać dwubiegunowo. Po pierwsze, w wyniku zawartej pomiędzy ww. wykonawcami umowy przetargowej uzyskali oni zamówienia, obejmujące więcej części aniżeli wykonawcy ci byliby w stanie uzyskać działając samodzielnie. Po drugie, spółka LAMBDAR sp. z o.o. działając w ramach Konsorcjum LAMBDAR oraz samodzielnie złożyła dwie oferty, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji, a także jest sprzeczne z ustawą Pzp oraz postanowieniami SIWZ.

Niezależnie od wszystkich podniesionych powyżej argumentów, Odwołujący podnosi, że nie budzi wątpliwości fakt, iż Wykonawcy - LAMBDAR oraz konsorcjum LAMBDAR złożyli w toku postępowania nieprawdziwą informację mającą lub co najmniej mogącą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Stało się tak poprzez złożenie załącznika nr 2 do SIWZ, poświadczającego nieprawdę, tj. oświadczenia, iż „Wykonawca nie uczestniczy w jakiegokolwiek innej ofercie złożonej w celu udzielenia niniejszego zamówienia”. Tymczasem zostały złożone dwie oferty - jedna przez LAMBDAR, druga przez konsorcjum LAMBDAR, obydwie podpisane przez tą samą osobę. Oczywistym wydaje się fakt, iż złożenie owej nieprawdziwej informacji miało lub co najmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, gdyby bowiem Wykonawca miał złożyć oświadczenie zgodne z prawdą, to nie doszłoby w ogóle do złożenia przez niego dwóch ofert, co bez wątpienia znacząco wpłynęłoby na jego wynik. Zamawiający dopuścił się tym samym, w ocenie Odwołującego, naruszenia dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył

nieprawdziwe informacje mające lub co najmniej mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zdaniem Odwołującego, opisane uchybienia muszą prowadzić do wniosku, iż Zamawiający prowadził postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

#### **Sygn. akt 2725/12**

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru, w części XI zamówienia, najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR sp. z o.o. oraz S..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwa Budowlano-Drogowego „BUD- DROG” S..... P..... z oraz zaniechania wykluczenia wskazanego Wykonawcy i odrzucenia jego oferty. Treść zarzutów, żądań oraz uzasadnienia odwołania jest analogiczna jak w sprawie o sygn. akt KIO 2734/12, nie wymaga zatem powtórzenia.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

##### **Sygn. akt: KIO 2722/12**

W rozdziale 5. SIWZ Zamawiający zawarł warunki udziału w postępowaniu, stanowiąc, iż w zakresie potencjału technicznego, wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponuje m.in. pługoposypywarkami, składającymi się z trzech elementów (pojazdu bazowego, pługa odśnieżnego i posypywarki), w ilości 6 szt. dla rejonu IX (pkt 5.1.3.2 SIWZ).

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż *„wymaga od Wykonawcy dysponowania, na dzień składania oferty, całym potencjałem technicznym, zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt. 5.1.3 SIWZ – załącznik nr 8 oraz szczegółowo opisanym w załączniku nr 10 do SIWZ pt. Szczegółowa Specyfikacja Techniczna. Sprawdzenie sprzętu przez Zamawiającego może nastąpić natychmiast po podpisaniu umowy”* (pismo z dnia 20.09.2012 r. – odpowiedź na pytanie numer 18). Stanowisko to Zamawiający podtrzymał w piśmie z dnia 25.09.2012 r., wskazując, że *„Zamawiający wymaga od Wykonawcy w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dysponowania, na dzień składania oferty, potencjałem technicznym, zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt 5.1.3 SIWZ – załącznik nr 8. Natomiast szczegółowy opis sprzętu znajduje się w załączniku nr 10 do SIWZ pt. Szczegółowa Specyfikacja Techniczna”* (odpowiedź na pytanie numer 26).

W celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (sprzętu) dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami – wzór wykazu stanowił załącznik nr 8 do SIWZ (pkt

6.1.4 SIWZ). Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innego podmiotu lub podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim lub z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tego podmiotu lub podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie lub każdy inny dokument, z którego będzie jednoznacznie wynikać uprawnienie do dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia należało złożyć w formie oryginału (pkt 6.2 SIWZ).

W „Wykazie sprzętu” przedłożonym wraz z ofertą (str. 51) Przystępujący wskazał, że dysponuje 3. szt. pługoposypywarek (komplet) oraz, że będzie dysponował pługoposypywarką (pojazd bazowy) w ilości 4 szt. i pługoposypywarką (posypywarka i pług odśnieżny) w ilości 18 szt.

Do oferty Przystępującego (str. 56) zostało dołączone zobowiązanie OZAMET Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie do oddania do dyspozycji Przystępującego potencjału technicznego, (zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy) na okres korzystania z niego przy wykonaniu ww. zamówienia. Jednocześnie z przedmiotowym zobowiązaniem przedłożono umowę przedwstępną sprzedaży z dnia 20.09.2012 r., zwaną między wymienionymi podmiotami (str. 57-58 oferty). Zgodnie z przedmiotową umową, OZAMET Sp. z o.o. zobowiązał się do sprzedaży, a Przystępujący zobowiązał się do nabycia sprzętu i urządzeń technicznych, o których mowa w załączniku nr 1 (m.in. posypywarka (18 szt.) – typ OZ-PT 8/s rok produkcji 2012-2013, pług odśnieżny (12 szt.) – typ OZ-WM35U, rok produkcji 2012-2013, pług odśnieżny (6 szt.) – typ OZ-WA35, rok produkcji 2012-2013), w następstwie uzyskania przez Przystępującego zamówienia w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego (§ 1). Jednocześnie strony ustaliły, że przedmiot umowy będzie przekazywany do dyspozycji Przystępującego cyklicznie, według jego potrzeb (§ 2).

Pismem z dnia 30.11.2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców, iż na podstawie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert ustalono, że oferta Przystępującego odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie oraz w SIWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane w specyfikacji kryterium wyboru.

#### **Sygn. akt: KIO 2723/12**

W rozdziale 5. SIWZ Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu,

wymagając w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykazania, w przypadku składania oferty na cztery części (rejony), m.in. ośmiu usług w zakresie mechanicznego, zimowego utrzymania utwardzonych dróg (krajowych, wojewódzkich, powiatowych lub gminnych) o łącznej długości pasów ruchu minimum 800 km. Nadto, wykonawca winien wykazać, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy – w tym okresie (pkt 5.1.2 SIWZ).

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku Zamawiający żądał dołączenia do oferty wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy – w tym okresie, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców – wzór wykazu stanowił załącznik nr 7 do SIWZ; oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Do oferty Odwołujący dołączył „Wykaz usług” (str. 29-35), w którym w pozycjach od 1 do 3 wskazał na usługi zimowego, ręcznego i mechanicznego oczyszczania pasów dróg publicznych na terenie miasta Łodzi w sezonie zimowym 2009/2010 odpowiednio w rejonie VIII, IX i XIII, świadczone na rzecz Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi. Nadto, Odwołujący przedłożył pismo Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z dnia 12.08.2010 r., w którym potwierdzono, iż Odwołujący wykonywał przedmiotowe usługi, we wskazanych rejonach. Jednocześnie w rzeczonym piśmie znalazło się stwierdzenie, że *„naliczone zostały Państwu kary umowne z tytułu nienależytego wykonania umów związanego m.in. z niewłaściwym funkcjonowaniem i sprawnością systemu GPS w pojazdach wykonawcy. W związku z powyższym nie ma możliwości wydania referencji za należyte wykonanie ww. robót.”*

Pismem z dnia 31.10.2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powołując się na treść SIWZ w zakresie sposobu potwierdzania spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, do uzupełnienia dokumentów, wskazując, że *„dla pozostałych usług wskazanych w pozycjach 1, 2, 3 dołączono referencje wystawione przez Zarząd Dróg i Transportu z dnia 12 sierpnia 2010 r., z których wynika, że usługi wymienione w pozycjach 1, 2, 3 nie zostały wykonane należycie. (...) Nieuzupełnienie ww. dokumentów we wskazanym terminie będzie skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 u.p.z.p. oraz zatrzymaniem wadium.”*

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie (pismo z dnia 05.11.2012 r.) Odwołujący wyjaśnił, iż *„dla 8 usług wykazanych w pozycjach 1, 2, i 3 oświadczenia, tj. wynikających z 8*

*umów zawartych z Zarządem Dróg i Transportu w Łodzi, informujemy, że zapis w referencji o treści: „w związku z powyższym nie ma możliwości wydania referencji za należyte wykonanie ww. robót” należy uznać za niewłaściwy. Niewłaściwość tego zapisu potwierdzona została w orzeczeniu KIO z dnia 20.08.2010 r. (sygn. akt KIO 1656/10). W treści orzeczenia podkreślono fakt, że prace zostały wykonane zgodnie z zamówieniem i nie zostały wniesione zastrzeżenia co do ich jakości. Informujemy, że Zamawiający został obciążony kosztami postępowania i nie odwołał się od orzeczenia. Załączamy kopię orzeczenia.”*

Pismami z dnia 30.11.2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, że „w odniesieniu do usług wskazanych w pozycjach 1, 2, 3 wykazu usług Wykonawca przedłożył wyjaśnienia, iż zapis w piśmie wystawionym przez Zarząd Dróg i Transportu z dnia 12 sierpnia 2010 r., z którego wynika, że usługi wymienione w pozycjach 1, 2, 3 nie zostały wykonane należyte należy uznać za niewłaściwy. Jednakże załączone do oferty pismo Zarządu Dróg i Transportu z dnia 12 sierpnia 2010 r. nie potwierdza należytego wykonania usług wskazanych w pozycjach 1, 2, 3 gdyż wynika z niego, że naliczono kary umowne nie tylko za niewłaściwe funkcjonowanie i sprawność systemu GPS (użyto bowiem sformułowania „m.in.”) w związku z powyższym nie ma możliwości wydania referencji za należyte wykonanie robót”.

Jednocześnie Zamawiający poinformował, że w zakresie części VI i VIII zamówienia jako najkorzystniejszą ofertę wybrał ofertę złożoną przez GNOM Sp. z o.o., zaś w części XI i XIII została wybrana jako najkorzystniejsza oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o. i S..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „BUD-DRÓG” S..... P..... Oferty złożone w ramach ww. zadań przez wykonawcę GNOM Sp. z o.o. były ofertami z najniższą ceną, a jedynym kryterium ofert, zgodnie z rozdziałem 13. SIWZ, była cena brutto. Odwołujący złożył ofertę na wszystkie ww. zadania, w ramach zadania X. Odwołujący oferty nie złożył. Zaś wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o. złożyło ofertę w ramach części X. zamówienia, która została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Niezależnie, czy Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o. składało ofertę samodzielnie, czy też wspólnie z innym wykonawcą, w formularzu ofertowym zawarte są następujące oświadczenia: odpowiednio „składam niniejszą ofertę we własnym imieniu” albo „składamy niniejszą ofertę jako Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia” (pkt 4.4.) oraz odpowiednio „nie uczestniczę” albo „nie uczestniczymy jako Wykonawca w jakiegokolwiek innej ofercie złożonej w celu udzielenia niniejszego zamówienia” (pkt 4.5.).

W rozdziale X. SIWZ Zamawiający postanowił, że „Wykonawca może złożyć tylko

*jedną ofertę w niniejszym postępowaniu na jedną lub więcej części zamówienia, z zastrzeżeniem, że na maksymalnie cztery” (pkt 10.1 SIWZ).*

Wykonawcy, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach zadania XI. i XIII. dołączyli do oferty (str. 39) oświadczenie Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych S.A. z siedzibą w Belchatowie, w którym zobowiązuje się „do udostępnienia posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz uczestnictwa w zakresie robót (...)”.

#### **Sygn. akt 2724/12**

Zachowują aktualność ustalenia dokonane w sprawie o sygn. akt 2723/12, dotyczące wykonawcy Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o., a w szczególności oferty złożonej samodzielnie i wspólnie z innym wykonawcą.

#### **Sygn. akt 2725/12**

Zachowują aktualność ustalenia dokonane w sprawie o sygn. akt 2723/12, dotyczące wykonawcy Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o., a w szczególności oferty złożonej samodzielnie i wspólnie z innym wykonawcą.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

##### **Sygn. akt: KIO 2722/12**

Odwołanie winno zostać oddalone.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Z powyższego przepisu wynika uprawnienie dla wykonawcy skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego, w sytuacji, gdy samodzielnie nie zdołałby spełnić warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego, a jednocześnie obowiązek wspomnianego wykonawcy udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania określonymi zasobami przez czas realizacji zamówienia w celu jego wykonania.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący w istocie nie zaprzecza możliwości przekazania przez OZAMET Sp. z o.o. określonego potencjału, ale stoi na stanowisku, że umowa przedwstępna sprzedaży nie może być źródłem zobowiązania w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do argumentu Odwołującego, iż zachodzi wyraźna sprzeczność pomiędzy zobowiązaniem do „oddania do dyspozycji” określonych urządzeń a zobowiązaniem do ich sprzedaży. W ocenie Izby, sprzeczność ta nie zachodzi. Okoliczność, na jakiej podstawie Przystępujący będzie dysponował urządzeniami niezbędnymi do wykonania zamówienia nie ma rozstrzygającego charakteru. Istotne jest, że Przystępujący będzie dysponował urządzeniami, które pozwolą mu na realizację zamówienia. Skoro strony zadecydowały, w granicach swobody kontraktowania, że owa możliwość „dysponowania” będzie wywodzona z uprawnień właścicielskich to nie sposób tego kwestionować.

W ocenie Odwołującego, nie jest również możliwe zawarcie umowy przedwstępnej sprzedaży z jednoczesnym zobowiązaniem się, że udostępnienie nastąpi tylko na okres korzystania z określonego potencjału technicznego przy wykonywaniu zamówienia. Odnosząc się do powołanego argumentu stwierdzić należy, iż firma OZAMET Sp. z o.o. w treści dokumentu „Zobowiązanie” zobowiązała się oddać do dyspozycji Przystępującego określony potencjał na czas realizacji zamówienia. Niemniej jednak treść tego dokumentu nie może interpretowana w oderwaniu od treści zawartej pomiędzy stronami przedwstępnej umowy sprzedaży. Zatem, oświadczenie to oznacza tyle, że w czasie realizacji zamówienia Przystępujący będzie miał zapewnioną możliwość dysponowania określonymi urządzeniami. Jednocześnie analiza treści przedwstępnej umowy sprzedaży nie daje podstaw do twierdzenia, że mamy do czynienia ze szczególnym rodzajem umowy sprzedaży.

W aktualnym stanie prawnym jedynym wymogiem stawianym treści umowy przedwstępnej jest zawarcie w niej istotnych postanowień umowy przyrzeczonej, to jest jej elementów koniecznych. Wymóg oznaczenia ich w umowie przedwstępnej wynika stąd, że bez tego nie można byłoby ustalić, na czym ma polegać świadczenie dłużnika (jaką umowę ma on zawrzeć), a w razie zaistnienia sporu spowodowanego niewykonaniem zobowiązania sąd nie mógłby go rozstrzygnąć. Określenie w umowie przedwstępnej istotnych postanowień umowy przyrzeczonej jest po prostu określeniem świadczenia, jakie dłużnik ma spełnić. Należy zatem przyjąć, jak w każdym wypadku umowy zobowiązującej, że określenie to nie musi zostać dokonane ściśle w samej umowie przedwstępnej, lecz strony mogą także w tej umowie (w granicach wyznaczonych w art. 353<sup>1</sup> k.c.) określić tylko sposób ustalenia w przyszłości istotnych postanowień umowy przyrzeczonej (wyrok SN z dnia 12.1.2000 r., III CKN 508/98, niepubl.).

Charakteryzując umowę sprzedaży przyjmuje się, że jest to umowa, która dochodzi do skutku, kiedy strony uzgodnią przedmiot oraz cenę, co stanowi jej elementy przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*). W niniejszym stanie faktycznym strony przedmiotowe elementy określiły. Przy czym nie można czynić zarzutu stronom co do sposobu oznaczenia rzeczy. W pierwszej bowiem kolejności zwrócić należy uwagę, o czym

była mowa wyżej, iż ściśle określenie świadczenia w umowie przedwstępnej nie jest wymagane, po drugie zaś, o tym, czy rzecz w konkretnym stosunku zobowiązaniowym jest określona co do gatunku (rodzaju) czy co do tożsamości decyduje w zasadzie wola stron. Jeśli więc strony oznaczyły rzecz według cech indywidualnych mamy do czynienia z rzeczą oznaczoną co do tożsamości. Jeśli strony nie skorzystały z owego subiektywnego kryterium, służącego indywidualizacji rzeczy - będziemy mieli do czynienia z rzeczami oznaczonymi rodzajowo (co do gatunku), zastępowalnymi, powtarzalnymi.

Powyższe oznacza, iż sposób określenia przedmiotu świadczenia, również w umowie zobowiązującej do przeniesienia własności rzeczy, np. umowa sprzedaży zależy od woli stron.

Zaś zupełnie innym zagadnieniem jest przeniesienie własności. Przeniesienie własności rzeczy ruchomych jest poddane przede wszystkim regule ogólnej art. 155 § 1 k.c., zgodnie z którą obligacyjna umowa zobowiązująca do przeniesienia własności, w szczególności w drodze sprzedaży, darowizny czy zamiany przenosi własność bez potrzeby składania jakiegokolwiek dodatkowego oświadczenia woli. Należy jednak mieć na uwadze, że k.c. dopuszcza odmienne umowne uregulowanie przez strony skutków umowy. Niemniej jednak, nie wszystkie umowy przeniesienia własności rzeczy ruchomych mają charakter konsensualny. Istnieje bowiem bardzo istotna kategoria umów realnych, wymagająca dla wywołania skutku rzeczowego przeniesienia posiadania rzeczy. Największe znaczenie ma w tym względzie art. 155 § 2 k.c., który, co do rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, wymaga przeniesienia posiadania. Stanowisko ustawodawcy jest w tym względzie zrozumiałe. Koniecznym bowiem skutkiem przeniesienia własności jest indywidualizacja przedmiotu własności. Przy rzeczach oznaczonych co do gatunku mogą w tym względzie powstawać wątpliwości, zwłaszcza gdy nabywana ilość tych rzeczy nie jest jeszcze wydzielona z większej masy towarowej znajdującej się u sprzedawcy. Indywidualizacja rzeczy jest warunkiem koniecznym, lecz nie zawsze wystarczającym.

Zauważyć bowiem należy, że w miarę rozwoju gospodarczego granica między rzeczami oznaczonymi indywidualnie a rzeczami oznaczonymi co do gatunku przesuwa się. Na przykład przez długi czas orzecznictwo sądowe traktowało samochody jako rzeczy oznaczone indywidualnie. Z czasem nastąpił znamieny zwrot. W szczególności w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej i Administracyjnej Sądu Najwyższego z 30.12.1988 r. III CZP 48/188, OSN 1989, Nr 3, poz. 36. czytamy m.in.: *„rzeczy oznaczone co do tożsamości to rzeczy niezastępowalne, a zwłaszcza rzeczy wyprodukowane specjalnie dla określonego zindywidualizowanego kontrahenta, charakteryzujące się swoistymi właściwościami. Natomiast rzeczy nowe, produkowane seryjnie, masowo, różniące się tylko pewnymi cechami zewnętrznymi lub zestawem akcesoriów, są rzeczami oznaczonymi tylko co do gatunku. Podstawowym kryterium pozwalającym na rozróżnienie tych dwóch kategorii rzeczy*

*jest zastępowalność lub niezastępowalność rzeczy, a nie ich identyfikacja. Nie nadaje rzeczy charakteru rzeczy oznaczonej co do tożsamości oznaczenie jej samej lub jej zespołów i elementów numerami lub określonymi symbolami. Dlatego też samochód produkowany seryjnie należy zaliczyć do rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku. Nie ma bowiem znaczenia to, że nadwozie czy silnik są zindywidualizowane określonymi cechami czy numerami. Rzecz nie staje się rzeczą określoną co do tożsamości przez sam fakt wyboru rzeczy przez kupującego”.*

Niezależnie jednak od tego, że jakkolwiek istotne znaczenie ma przeniesienie własności rzeczy ruchomych czy też przyszłych to okoliczność powyższa nie ma doniosłości prawnej dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Po pierwsze bowiem, przedmiotem oceny nie jest umowa sprzedaży, a więc umowa zobowiązująca do przeniesienia własności rzeczy, której skutki należałoby określać w świetle przepisu art. 155 k.c. Po drugie zaś, dla stwierdzenia, że wykonawca będzie dysponował wymaganym potencjałem technicznym nie jest konieczne ustalenie jego uprawnień właścicielskich.

Nieuprawnione jest również twierdzenie Odwołującego, że wymaganie dysponowania potencjałem na dzień składania ofert, należy rozumieć jako konieczność dysponowania w tej dacie, chodzi raczej o wykazanie, w świetle powoływanych postanowień SIWZ, że Odwołujący na podstawie stosunku prawnego, łączącego go z podmiotem trzecim, może domagać się świadczenia, które zapewni możliwość dysponowania odpowiednim potencjałem. Na dzień składania ofert wykonawca zobowiązany jest wykazać, że dysponowanie określonym sprzętem na zagwarantowane. Inna interpretacja powoływanych przez Odwołującego wyjaśnień Zamawiającego nie dałaby się pogodzić z treścią SIWZ, gdzie mowa o konieczności wykazania przez wykonawcę, że dysponuje lub też będzie dysponował, nadto nie dałaby się pogodzić z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zaś, co do uprawnienia Zamawiającego sprawdzenia sprzętu po podpisaniu umowy to oceniana umowa przedwstępna sprzedaży, która rodzi zobowiązanie do zawarcia stanowczej umowy sprzedaży, wobec niezakreślenia terminu, w ciągu którego strony są zobowiązane umowę przyrzeczoną zawrzeć, nie niweczy możliwości sprostania tym wymaganiom. Jak wynika bowiem z § 1 rzeczony umowy, strony zobowiązały się do zawarcia umowy sprzedaży w następstwie ziszczenia się określonego warunku, tj. uzyskania zamówienia przez Przystępującego. Zaś fakt, iż przekazanie przedmiotu umowy nastąpi cyklicznie również nie stoi na przeszkodzie zrealizowaniu wymagań Zamawiającego, skoro jednocześnie zastrzeżono, że przekazanie (oddanie do dyspozycji Przystępującego) nastąpi według potrzeb Przystępującego.

Okoliczność, że przedmiotem umowy sprzedaży mogą być rzeczy wyprodukowane zarówno w roku 2012, jak i w roku 2013 nie oznacza wcale, że przedmiotem umowy

sprzedaży będą rzeczy przyszłe. Postanowienia umowy przedwstępnej co do roku produkcji urządzeń, które mają być nabyte mają to znaczenie, że strony, mając na uwadze chociażby datę zawarcia umowy stanowczej, mogą podjąć decyzję w tym przedmiocie. Oczywistym jest, iż pozostawiono swobodę wyboru, nie sposób bowiem sobie wyobrazić, żeby strony, które nie wskazały daty zawarcia umowy stanowczej, w przypadku zawarcia jej np. w 2013 r. zobowiązywały się do zakupu urządzeń wyprodukowanych jedynie w roku 2012.

Reasumując stwierdzić należy, iż skoro wykonawca nie dysponuje potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia może skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Jednakże przyjęcie takiego rozwiązania nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania (udowodnienia) istnienia zobowiązania, będącego podstawą do żądania określonego świadczenia. Skoro w niniejszym stanie faktycznym Przystępujący wskazał, iż źródłem zobowiązania jest przedwstępna umowa sprzedaży, mocą której Przystępujący może domagać się zawarcia umowy sprzedaży określonych urządzeń, to należy dojść do wniosku, iż istnieje zobowiązanie, którego wykonanie zapewni mu dysponowanie potrzebnym potencjałem technicznym.

Nie zasługuje na aprobatę stanowisko, iż oddanie do dyspozycji nie może być związane z przejściem prawa własności określonych rzeczy ruchomych. Sam ustawodawca wskazał bowiem, że rozstrzygającego znaczenia nie ma stosunek prawny łączący strony, ale okoliczność wykazania, iż tenże stosunek prawny stanowił będzie podstawę uzyskania określonego potencjału.

Nie można również czynić zarzutu stronom co do sposobu określenia świadczenia z umowy przedwstępnej, czy też umowy stanowczej, skoro jest to objęte wolą stron znajdującą oparcie w przepisie art. 353<sup>1</sup> k.c. i jednocześnie nie pozostawia wątpliwości, że wykonawca będzie dysponował niezbędnym potencjałem, wymaganym przez Zamawiającego.

Nie można pomijać, iż w przypadku posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego, w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca obarczony jest obowiązkiem udowodnienia, że będzie dysponował określonymi zasobami, co oznacza, że na dzień składania ofert musi wykazać istnienie zobowiązania, którego realizacja tę możliwość mu zapewni. Sprostanie przedmiotowym wymogom przez Przystępującego powoduje, że zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

#### **Sygn. akt: KIO 2723/12**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, legitymacja uprawniająca do korzystania ze środków ochrony prawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi materialnoprawną przesłankę zasadności odwołania i podlega ocenie na dzień jego

wniesienia. Stwierdzenie braku tej legitymacji skutkuje koniecznością oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich treści merytorycznej i zasadności.

Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem, środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezbędne jest zatem stwierdzenie, po pierwsze, że wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, po drugie, że poniósł lub może ponieść szkodę i po trzecie, że potencjalna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący, w pierwszej kolejności, obowiązany był wykazać, iż posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne i jednocześnie, że poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Z orzecznictwa bezspornie wynika, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp, dotyczy powinien tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tym samym – jak podnosi się także w doktrynie - konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, prowadzonego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem ubiega się o udzielenie tego zamówienia, składając w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Jednakże przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania – jak wcześniej wskazano – poniesienia szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ugruntowany jest w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Tym samym, oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym.

W okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący co prawda złożył ofertę w ramach zadania VI i VIII, jednakże przy uwzględnieniu okoliczności, że wykonawca GNOM Sp. z o.o. złożył ofertę na ww. zadania, której cena w obu zadaniach była najniższa (jedynym kryterium oceny ofert była cena) ,a Odwołujący nie kwestionował żadnej z tych ofert, należało dojść do przekonania, że Odwołujący nie może ponieść jakiegokolwiek szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp, w przypadku wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wskazanego wykonawcy, złożonej w ramach ww. zadań, skoro Odwołujący nie uzyskałby zamówienia w tym zakresie, nawet gdyby zarzuty w przedmiocie podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania okazały się słuszne. Z tych przyczyn Izba uznała, że Odwołujący nie posiadał legitymacji do wniesienia odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach

zadania VI. I VIII. i z tych względów odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Brak legitymacji do wniesienia odwołania stanowi podstawę do oddalenia odwołania w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zadania X. Oczywistym jest bowiem, że Odwołujący, który nie złożył oferty na ww. część zamówienia nie może ponieść uszczerbku w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez innego wykonawcę. Odwołanie w związku z powyższym nie zasługuje na uwzględnienie w tym zakresie, a co za tym idzie zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgłoszony wobec wyboru oferty Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w ramach powołanego zadania, nie podlegał rozpoznaniu.

Na marginesie należy jedynie zwrócić uwagę, że wbrew stanowisku Odwołującego, analogiczne okoliczności nie legły u podstaw oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do Odwołującego i Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o. W treści dokumentu z dnia 22 października 2010 r. Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi potwierdził, że „*zlecane prace Wykonawca prowadził z należytą starannością*”, dodatkowo samemu dokumentowi nadał nazwę „referencje”, zaś tego typu stwierdzeń i określeń na próżno szukać w dokumencie Odwołującego, wystawionym przez tego Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, iż obowiązkiem ciążącym każdorazowo na wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego jest wykazanie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i tym samym brak podstaw do jego wykluczenia. Zgodnie z normą prawną, wyrażoną w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższy obowiązek potwierdza również treść art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, iż istotną z punktu widzenia instytucji wykluczenia, uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jest czynność wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sam fakt, czy wykonawca w istocie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Obecna regulacja jest wynikiem istotnych zmian wprowadzonych przez ustawodawcę, który wcześniej pierwszeństwo i rozstrzygające znaczenie przyznawał prawdzie materialnej, aktualnie zaś przerzucając ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu na wykonawcę, nakazuje dokonywanie oceny

w tym przedmiocie na podstawie dokumentów wymaganych przez zamawiającego i przedłożonych przez wykonawcę w ściśle określonym terminie. Nie jest więc rolą zamawiającego poszukiwanie okoliczności czy dowodów świadczących o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ale stwierdzenie powyższego na podstawie dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. Biorąc powyższe pod uwagę, z całą stanowczością stwierdzić należy, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, w dopuszczalnej i żądanej przez Zamawiającego formie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Z powyższego płynie kolejny wniosek, co zdaniem Izby wymaga podkreślenia, a mianowicie, że wykonawca w toku ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego winien dołożyć należytej staranności aby wykazać, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zaniechania w tym zakresie niosą dla wykonawcy negatywne konsekwencje.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że w zakreślonym przez Zamawiającego terminie Odwołujący nie przedstawił dokumentów, na podstawie których mógłby stwierdzić, że usługi ujęte w pozycjach 1-3 Wykazu zostały wykonane należycie. Odwołujący nie wykonał dyspozycji Zamawiającego i zamiast przedłożenia żądanych dokumentów podjął próbę wyjaśnienia treści tych złożonych wraz z ofertą, przy uwzględnieniu orzeczenia Izby z dnia 20 sierpnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1656/10. Zabieg ten z oczywistych względów nie mógł się powieść. Po pierwsze bowiem, treść spornego dokumentu Odwołujący jedynie zakwestionował stwierdzając, iż oświadczenie o treści: „*nie ma możliwości wydania referencji za należyte wykonanie robót*” nie jest właściwe. Po drugie, Odwołujący domaga się uwzględnienia stanowiska Izby, zawartego w ww. wyroku, podczas gdy orzeczenie stanowi rozstrzygnięcie w przedmiocie treści warunków udziału w postępowaniu a nie oceny ofert, nadto sporne referencje nie były przedmiotem oceny Izby w świetle konkretnych warunków udziału w postępowaniu. Po trzecie, Zamawiający winien dokonywać oceny samodzielnie, a nie przez pryzmat orzeczeń Izby, które dotyczą innego etapu postępowania. Na marginesie należy jedynie zwrócić uwagę, iż w toku powoływanego postępowania odwoławczego, co znalazło również odzwierciedlenie w uzasadnieniu powoływanego wyroku, zamawiający stwierdził, że „*odwołujący się prace wykonywał w sposób niezadowolający.*”

Reasumując, jeśli Odwołujący w celu potwierdzenia należytego wykonania usługi składa dokument, z którego treści jednoznacznie wynika, że „*naliczone zostały Państwu kary umowne z tytułu nienależytego wykonania umów związanego m.in. z niewłaściwym funkcjonowaniem i sprawnością systemu GPS w pojazdach wykonawcy. W związku z powyższym nie ma możliwości wydania referencji za należyte wykonanie ww. robót*”, nie

może oczekiwać, że w sytuacji, w której zleceniodawca (zamawiający) odmawia wydania referencji, co oznacza, że w jego ocenie, zadanie nie zostało wykonane właściwie, jednocześnie stwierdzając, iż wydany dokument nie może być uznany za referencję, braku pozytywnej reakcji ze strony Zamawiającego. Nie może więc budzić wątpliwości wezwanie Odwołującego do przedstawienia dokumentów, które w sposób jednoznaczny potwierdzają należyte wykonanie zamówienia. Skoro zaś Odwołujący, mając świadomość, że powołany zapis w spornym dokumencie się znajduje, ogranicza się do jego negacji i odwołując się do twierdzeń Izby, zawartych w uzasadnieniu wyroku, który zapadł w sprawie, gdzie istotną sporu była treść SIWZ a rzeczony dokument nie podlegał ocenie Izby w aspekcie spełniania konkretnych warunków udziału w postępowaniu, to Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że Odwołujący potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Jeśli idzie o wiedzę na temat korzystnego dla Odwołującego wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi w sprawie o sygn. akt II C 1816/11 to stwierdzić należy, iż Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi nie jest tym samym zamawiającym co Urząd Miejski w Łodzi, zatem nie sposób oczekiwać i bark ku temu podstaw, że ci zamawiający mają obowiązek przekazywać sobie nawzajem informacje o wykonawcach, nawet jeśli ten pierwszy jest jednostką organizacyjną miasta Łodzi. Zresztą Zamawiający podjął we własnym zakresie próbę wyjaśnienia treści spornego dokumentu, zwracając się do Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi o wyjaśnienie, czy sporny dokument potwierdza „*w całości należyte wykonanie usług zgodnie z zawartymi umowami*” (pismo z dnia 08.11.2012 r.) oraz „*czy na podstawie wydanych przez ZDIT referencji można uznać że usługi zostały wykonane należycie*” (pismo z dnia 16.11.2012 r.) otrzymując odpowiedź, że stanowisko zajęte w treści spornego dokumentu jest wiążące (pismo z dnia 14.11.2012 r.) oraz, że były „*problemy z funkcjonowaniem i sprawnością systemu GPS. W związku z powyższym wykonawcom naliczono kary umowne. Firma ARTMAR A..... N..... powążyła zasadność ich naliczenia i w chwili obecnej toczy się postępowanie sądowe.*” Zatem, nawet gdyby pominąć fakt, że w terminie określonym przez Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia a jego wyjaśnienia w żaden sposób nawet nie uprawdopodobniały stanowiska, iż ewentualnie możliwa jest inna interpretacji spornego dokumentu, to Zamawiający również na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi nie miał podstaw powzięcia jakichkolwiek wątpliwości.

Nadto, co zostało wyraźnie wskazane, nie wiedza zamawiających przesądza o pozytywnej weryfikacji wykonawców, a dokumenty przedłożone przez wykonawców. Należy też zwrócić uwagę, iż Odwołujący ani wraz z ofertą ani też w terminie na uzupełnienie dokumentów nie wskazał na rzeczony wyrok i ewentualne wnioski z niego płynące, które winny być uwzględnione przy interpretacji spornego dokumentu. Nie przesądzając, jakie

znaczenie dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu mogłyby mieć treści zawarte w uzasadnieniu nieprawomocnego wyroku stwierdzić należy, że nie jest możliwe dokonanie korzystnej dla wykonawcy interpretacji dokumentów z wykorzystaniem wiedzy, którą dysponuje Zamawiający, ponadto nie znajduje uzasadnienia wykorzystanie przedmiotowego dokumentu na obecnym etapie postępowania. Rolą Izby nie jest bowiem dokonywanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym ocena dokumentów, które ewentualnie mogłyby służyć rozstrzygnięciu tej kwestii. Zadaniem Izby jest ocena czynności Zamawiającego. W niniejszej sprawie oznacza to, że Izba bada poprawność wykluczenia czynności Zamawiającego, na podstawie treści oferty i dokumentów do niej załączonych oraz treści dokumentów uzupełnionych, a w istocie udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, w świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Co oznacza, iż ocenie podlegają dokumenty przedstawione przez wykonawcę i to tylko te, które w terminie określonym przez Zamawiającego zostały przez Wykonawcę przedstawione.

W tym miejscu w związku z powyższym należy wskazać, że pismo Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi z dnia 4 grudnia 2012 r. jako złożone po terminie zakreślonym przez Zamawiającego do dokonywania uzupełnień należy pominąć. Na marginesie wypada jedynie zauważyć, iż wystawca tego pisma wyjaśnił, że *„kary nałożone na firmę ARTMAR były związane wyłącznie z niewłaściwym funkcjonowaniem GPS w pojazdach wykonawcy”*, czyniąc jednocześnie zastrzeżenie, że nie oznacza to, iż powyższy dokument stanowi referencje.

Konkludując, raz jeszcze podkreślić należy, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu winno być potwierdzone za pomocą dokumentów, określonych przez zamawiającego. Przedmiotowe dokumenty winien przedłożyć wykonawca wraz z ofertą lub na wezwanie zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w terminie wskazanym przez zamawiającego. Zaniechanie wykonawcy w tym zakresie rodzi dla wykonawcy negatywne konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Z tych względów postępowanie odwoławcze nie może służyć ocenie dokumentów nieprzedłożonych przez wykonawcę, oznaczałoby to bowiem po pierwsze, obejście przepisów prawa o terminie składania dokumentów, po drugie, stanowiłoby zaprzeczenie podstawowej roli Izby, którą jest ocena postępowania zamawiających a nie dokonywanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, np. ocena spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu a nie poprawność tej oceny, dokonanej przez zamawiającego. W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należało uznać za nieuzasadniony.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp należało uznać za chybiony, niezależnie nawet od tego, że zarzuty te mogą być podnoszone

jedynie rozłącznie. I tak, zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie znajduje podstaw, gdyż w przypadku zaktualizowania się przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wykonawca zostaje z postępowania wykluczony, jak to miało miejsce w niniejszym postępowaniu, a jego ofertę z mocy prawa uznaje się za odrzuconą. Zaś, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp okazał się bezprzedmiotowy, podstawą do dokonania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy jest złożenie oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania lub niezaproszonego do składania ofert (co dotyczy wyłącznie postępowań dwuetapowych), co w niniejszym stanie faktycznym nie miało miejsca.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który Odwołujący wywodzi z braku weryfikacji przez Zamawiającego, w świetle art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych S.A., udostępniającego swój potencjał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o., S..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „BUD-DRÓG” S..... P....., w ramach XI. i XIII. zdania. Po pierwsze zauważyć należy, iż w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia może nastąpić w postaci udziału w realizacji zamówienia. Po drugie, w § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) zawarto postanowienie, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2. Zaś w § 2 mowa o oświadczeniach i dokumentach w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Powyższe oznacza, że nawet jeśli podmiot trzeci, który udostępnia swój zasób innemu wykonawcy, będzie brał udział w wykonaniu zamówienia, uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem, jest możliwość żądania od tego podmiotu dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotu trzeciego.

Skoro więc w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie skorzystał z tego uprawnienia i w SIWZ nie zawarł postanowienia o obowiązku przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia lub dokumentów potwierdzających ww. okoliczność to brak podstaw do przeprowadzenia weryfikacji w tym zakresie (żądania dokumentów lub oświadczeń a także

wyjaśnień), a tym bardziej wyciągania negatywnych konsekwencji względem wykonawcy i stwierdzenia nierównego traktowania wykonawców.

Jeśli w ocenie Odwołującego, żądanie takie było uzasadnione, to należało wnieść odwołanie wobec postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, domagając się nałożenia na wykonawców obowiązku przedłożenia oświadczenia lub dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotu trzeciego, biorącego udział w realizacji zamówienia.

Zarzut naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp należało uznać za chybiony. Zgodnie z przepisem art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może złożyć jedną ofertę. Jednakże zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny (art. 83 ust. 2 ustawy Pzp). W takiej sytuacji wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca (art. 83 ust. 3 ustawy Pzp). Jednocześnie w art. 2 pkt 6 ustawy Pzp ustawodawca zdefiniował „*ofertę częściową*” przyjmując, że należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego.

Przytoczone bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa pozwalają na złożenie ofert na poszczególne części zamówienia, jeżeli zamawiający podzielił zamówienie na części i dopuścił możliwość składania ofert częściowych. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający tak właśnie uczynił, a jednocześnie korzystając z dyspozycji art. 83 ust. 3 ustawy Pzp, zastrzegł, że wykonawca może złożyć ofertę na maksymalnie cztery części zamówienia.

W przypadku składania oferty na określone części zamówienia należy przyjąć, w świetle przytoczonych wyżej przepisów oraz art. 66 k.c., że mamy do czynienia z ofertami w ramach każdej z części zamówienia. Powyższe nie powinno budzić wątpliwości, tym bardziej, że sam ustawodawca wyodrębnił pojęcie „oferty częściowej.”

Stąd też postanowienie pkt. 10.1 SIWZ oznacza, że wykonawca może złożyć maksymalnie cztery oferty częściowe, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, iż w ramach jednego zamówienia może złożyć tylko jedną ofertę. W związku z powyższym postanowienie pkt. 4.5 formularza ofertowego winno być interpretowane w taki sposób, że oświadczenie wykonawcy dotyczy tej konkretnej oferty częściowej. Złożenie przedmiotowego oświadczenia oznacza, że w ramach określonej części zamówienia wykonawca złożył tylko jedną ofertę.

Jakkolwiek analizowane postanowienie formularza ofertowego może budzić pewne wątpliwości, to w świetle przytoczonych przepisów prawa i postanowień SIWZ, może jedynie

uzyskać wskazane znaczenie. Nie sposób przyjąć, jak chce tego Odwołujący, że złożenie jednego formularza ofertowego przez wykonawcę samodzielnie czy też wspólnie z innym wykonawcą na mniej niż cztery części zamówienia wykluczałoby możliwość, ze względu na treść tego formularza, złożenia oferty na dalsze części zamówienia (w sumie nie więcej niż cztery) bez narażenia się na złożenie nieprawdziwych informacji. Taka interpretacja nie może zyskać aprobaty, bowiem uniemożliwiłaby wykonawcom możliwość złożenia oferty częściowej na wybraną liczbę zamówień, dozwoloną przez Zamawiającego, z jednoczesnym wykorzystaniem uprawnienia do złożenia oferty wspólnej. Podkreślenia wymaga, że treść formularza ofertowego nie może ograniczyć uprawnień wykonawców, wynikających z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa i wyartykułowanych w SIWZ.

Skoro zatem sporne postanowienie stanowi oświadczenie w przedmiocie złożenia jednej oferty w ramach określonej części zamówienia, w sytuacji, w której wykonawca składa to oświadczenie w ramach poszczególnych części nie może być mowy o złożeniu nieprawdziwych informacji.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego nie sposób stwierdzić, że Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o., które złożyło jedną ofertę na dozwoloną przez Zamawiającego ilość zamówień, złożyło nieprawdziwe informacje. W związku z powyższym zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie znalazł uzasadnienia.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należało uznać za bezprzedmiotowy z przyczyn, o których była mowa wyżej.

Wobec niepotwierdzenia się ww. zarzutów nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

### **Sygn. akt 2724/12**

Odwołanie winno zostać oddalone.

Zarzut naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Dla uzasadnienia zajętego przez Izbę stanowiska zachowują aktualność rozważania Izby, dotyczące zarzutu zaniechania wykluczenia Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o. i S..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe „BUD-DRÓG” S..... P.....

W ocenie Izby, brak podstaw do twierdzenia, że Przedsiębiorstwo Drogowe LAMB DAR Sp. z o.o. złożyło dwie oferty. Jak ustalono, Wykonawca ten złożył ofertę samodzielnie oraz wspólnie z innym wykonawcą, jednakże uczynił to w ramach zamówienia podzielonego na części i każda z tych ofert dotyczyła innej części zamówienia. Okoliczność ta ma rozstrzygające znaczenie dla niniejszej sprawy, a którą Odwołujący pomija. Odwołujący nie uwzględnił bowiem uprawnień wykonawców do złożenia ofert częściowych.

Skoro zamówienie zostało przez Zamawiającego podzielone na części, to wykonawca, składając ofertę na określone części, składa ofertę częściową na poszczególne części, co oznacza, że wykonawca składa kilka ofert, ale zawsze, zgodnie z dyspozycją art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, może złożyć tylko jedną ofertę w ramach danej części.

Fakt, że Zamawiający prowadzi jedno postępowanie nie determinuje okoliczności, że w jego ramach możemy mieć do czynienia tylko z jedną ofertą. W przypadku podzielności zamówienia zamawiający jest uprawniony do podzielenia zamówienia na części i określenia liczby części zamówienia, na które wykonawca może złożyć oferty (art. 82 ust. 2 i 3 ustawy Pzp).

Możliwość złożenia przez wykonawcę kilku ofert w ramach jednego postępowania jest istotnym wyłomem od zasady, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę (art. 82 ust. 1 ustawy Pzp), jednakże dotyczy jedynie zamówienia podzielonego na części. Nadto, należy zwrócić uwagę, że wprowadzenie możliwości złożenia ofert częściowych nie uchyla powołanej zasady, należy bowiem przyjąć, że znajduje ona zastosowanie w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia.

Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że Zamawiający sporządził jeden formularz ofertowy oraz postanowienie pkt. 4.5 rzeczonego formularza. Szerzej była o tym mowa w uzasadnieniu w sprawie sygn. akt KIO 2723/12, które to poglądy zachowują aktualność w niniejszej sprawie.

W ocenie Izby, nie ma racji Odwołujący, że postanowienie pkt 10.1 SIWZ oraz sposób ukształtowania warunków udziału w postępowaniu wskazuje, że mamy do czynienia z jedną ofertą. We wskazanym postanowieniu SIWZ Zamawiający posłużył się co prawda sformułowaniem „*Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę w niniejszym postępowaniu*”, jednakże uczynił to w odniesieniu do części zamówienia, co oznacza, że mowa jest o jednej ofercie częściowej a nie jednej ofercie na całość zamówienia.

Brak określenia warunków udziału w postępowaniu odrębnie dla każdego zadania, w ocenie Izby, nie może świadczyć o możliwości złożenia jednej oferty. Przypomnieć należy, że warunki udziału w postępowaniu mają na celu sprawdzenie możliwości wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia. Zamawiający w związku z powyższym ukształtował przedmiotowe warunki w odniesieniu do możliwej ilości części zamówienia, na które wykonawca może złożyć oferty. Inne muszą być bowiem wymagania wobec wykonawcy,

który zamierza realizować jedno zdanie a inne dla tego, który zamierza wykonać cztery zadania.

Nie sposób również uznać, że uzasadnieniem dla stanowiska Odwołującego są poglądy Izby, wyrażone w orzeczeniach w sprawach o sygn. akt KIO 2345/10 oraz KIO/UZP 729/09. Odwoływanie się do tez tam wyrażonych jest nieuzasadnione, bowiem pierwszy z powołanych wyroków dotyczy możliwości złożenia kilku wniosków w postępowaniu, a nie ofert częściowych, nadto tezy tam zawarte absolutnie nie potwierdzają poglądów Odwołującego. Drugi z powołanych wyroków dotyczy innych okoliczności faktycznych, braku możliwości podania w formularzu ofertowym danych odnoszących się do poszczególnych zadań, na tym tle wnioskowanie *a contrario* o możliwości złożenia jednej ofert nie może być uznane za słuszne.

Reasumując, biorąc pod uwagę przepis art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, ale również regulacje zawarte w przepisie art. 83 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, które Odwołujący pomija, a które są niezbędne do prawidłowego zrekonstruowania norm prawnych, wyrażonych w powołanych przepisach, brak było podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp. Zaś stwierdzenie, że jeden wykonawca samodzielnie albo z innym wykonawcą złożył jedną ofertę w ramach jednej części zamówienia, przy uwzględnieniu ilości części, na które Zamawiający pozwolił składać oferty częściowe nie może być postrzegane jako naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

Chybiony okazał się również zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dla uzasadnienia przedmiotowego stanowiska aktualność zachowują twierdzenia wyartykułowane w tym przedmiocie w sprawie o sygn. akt KIO 2723/12.

Zgodnie z dyspozycją normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący dopatruje się w działaniu Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o. czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który definiuje go jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Izba nie dopatrzyła się bezprawności działania Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o., zwłaszcza w świetle art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, nie podzielając stanowiska Odwołującego, że Wykonawca ten złożył dwie oferty. Izba ustaliła, że wykonawca ten samodzielnie złożył jedną ofertę częściową a wspólnie z innym wykonawcą trzy oferty częściowe, jednakże w ramach różnych zadań i w dozwolonej przez Zamawiającego ilości, jeśli chodzi o liczbę części, na które można było składać oferty. W

ocenie Izby, zarysowany stan faktyczny mieści się w przepisie art. 82 ust. 1 ustawy Pzp z powodów, o których była mowa wyżej.

Skoro Izba nie dopatrzyła się działania niezgodnego z prawem w postępowaniu Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o. należało przejść do oceny zachowania wskazanego Wykonawcy w świetle dobrych obyczajów. Współcześnie w orzecznictwie i doktrynie zachodnioeuropejskiej panuje podejście, które można nazwać ekonomiczno-funkcjonalnym. Podkreśla się, że nie chodzi o przestrzeganie dobrych obyczajów w ogóle, lecz o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Kryterium nie powinny więc stanowić poglądy uczciwego przeciętnego człowieka, ale oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji, poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo jakością, ceną i innymi pożądanymi przez klientów cechami oferowanych towarów lub usług.

Mając na uwadze zaprezentowany pogląd z pewnością należałoby uznać, że uzgodnienie warunków składania ofert, których celem miałyby być ograniczenie konkurencji jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Jednakże w ocenie Izby, Przedsiębiorstwu Drogowemu LAMB DAR Sp. z o.o. woli porozumienia z innym wykonawcą w tym celu przypisać nie można. Okoliczność, że Wykonawca ten w niniejszym postępowaniu złożył ofertę samodzielnie w ramach jednego zadania, a także wspólnie z innym wykonawcą w ramach innych zadań, nie może być traktowana jako zaburzenie konkurencji. Wykonawca ten skorzystał bowiem z dozwolonych przez Prawo zamówień publicznych narzędzi, określonych w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno wskazane rozwiązanie, jak i możliwość skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) zapewniają wykonawcom większą swobodę i szerszy dostęp do zamówienia a zostały wprowadzone po to, aby zwiększyć konkurencję. Argument więc, że wskazany Wykonawca nie byłby w stanie samodzielnie złożyć ofertę na cztery części zamówienia, gdyby nie doszło do porozumienia z innym wykonawcą nie może uzasadniać twierdzenia o zмовie, gdyż jak wskazano wyżej, porozumienia wykonawców w celu złożenia wspólnej oferty są dozwolone przez prawo.

Wiedza piastuna Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o. o tym, że Wykonawca ten składa ofertę samodzielnie, ale też wspólnie z innym wykonawcą nie budzi wątpliwości. Ujawniona została, co oczywiste, w dokumentach zawartych w ofercie, jednakże wywodzenie z powyższego, że wiedza ta pozwoliła wpływać na dalszy bieg postępowania i jego wynik nie znajduje uzasadnienia. Pogląd taki mógłby zyskać aprobatę, gdyby wskazywany Wykonawca złożył dwie oferty częściowe w ramach jednego zadania (samodzielnie oraz wspólnie z innym wykonawcą), wtedy mógłby bowiem uzyskać pewien wpływ na wyniki postępowania.

Brak znamion bezprawności oraz niemożność przypisania Przedsiębiorstwu Drogowemu LAMB DAR Sp. z o.o. działania sprzecznego z dobrymi obyczajami czyni

niemożliwym przypisanie temu Wykonawcy czynu nieuczciwej konkurencji, opisanego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący dopatruje się w działaniu Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o. praktyki zakazanej w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, określanej jako „zmowa przetargowa”, a definiowanej we wskazanym przepisie jako *"uzgadnianie warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny"*. Porozumienia takie mogą mieć zarówno wymiar horyzontalny (między przedsiębiorcami przystępującymi do przetargu), jak i wertykalny (między podmiotami przystępującymi do przetargu a podmiotem (przedsiębiorcą) będącym jego organizatorem). Izba jednak nie dostrzega podstaw do przypisania wskazanemu Wykonawcy opisanego działania. W ocenie Izby, porozumienie co do złożenia oferty wspólnej w ramach określonych zadań, nie może być oceniane jako uzgadnianie warunków ofert, których celem lub skutkiem jest naruszenie konkurencji, służy bowiem zwiększeniu konkurencyjności w ramach danego postępowania.

Za niezrozumiały należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wskazany przepis definiuje „czyn nieuczciwej konkurencji” jako rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Trudno doszukać się wskazanych działań w postępowaniu Przedsiębiorstwa Drogowego LAMB DAR Sp. z o.o., sam Odwołujący takich nie wskazuje.

Przytoczone przez Odwołującego tezy uzasadnień z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej nie mogą stanowić podpory dla prezentowanego stanowiska, bowiem zostały wyartykułowane na tle zamówienia niepodzielonego, a nie jak w niniejszym stanie faktycznym, zamówienia podzielonego na części.

Wobec niestwierdzenia w postępowaniu Zamawiającego opisanych wyżej naruszeń, brak podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

### **Sygn. akt KIO 2725/12**

Odwołanie winno być oddalone.

Uzasadnieniem dla zajętego stanowiska jest uzasadnienie wyroku w sprawie o syn. akt KIO 2724/12 ze względu na tożsamą treść odwołań w obu sprawach. Z tych względów Izba nie powiela argumentacji tam zawartej, uznając to za niecelowe.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od każdego z odwołań w wysokości 15.000,00 zł.

Jednocześnie Izba nie uwzględniła wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. G....., M. G..... PHU „SOFT” Usługi Komunalno-Transportowe s.c., A..... F....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne Drogowe Sprzętowo Transportowe A..... F....., zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2722/12 po stronie zamawiającego, o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, mając na względzie przepis § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym koszty uczestnika postępowania odwoławczego zalicza się do kosztów postępowania odwoławczego jedynie w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2 wskazanego rozporządzenia, gdy uczestnik postępowania odwoławczego przystąpił do tegoż postępowania po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw. Wobec nieziszczenia się przesłanek wyartykułowanych we wskazanych przepisach brak było podstaw do uwzględnienia przedmiotowego wniosku.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....